

CAPÍTULO XIV

RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL 411

58. Infracciones de derecho internacional	411
A. Aspectos generales	411
B. Elementos de hecho de la infracción	412
C. Grave violación de una norma coercitiva	415
D. Responsabilidad por daños	415
59. Causales de justificación	417
A. Aspectos generales	417
B. Defensa propia	417
C. Fuerza mayor y estado de necesidad	417
D. Represalias	419
E. Regímenes autocontenidos	420
60. Consecuencias jurídicas de los ilícitos de derecho internacional	420
61. Derecho penal internacional y su aplicación	421

CAPÍTULO XIV

RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL

58. INFRACCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL

A. Aspectos generales

La responsabilidad en el derecho internacional (responsibility) se relaciona con las consecuencias de las infracciones (indebidas) cometidas por los Estados y otros sujetos del derecho internacional. El punto de partida es siempre la violación o la omisión de un deber de derecho internacional (la violación de lo que se conoce como norma primaria).

El régimen de la responsabilidad lo conforman las normas secundarias, que regulan los tipos de infracciones de derecho internacional y las posibles justificantes, y determinan las consecuencias jurídicas (especialmente el deber de restablecimiento).

Bastante significativos son los trabajos de la International Law Commission (ILC) sobre la responsabilidad de los Estados. La International Law Commission adoptó en el 2001 en segunda lectura 59 artículos sobre responsabilidad de los Estados (Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, impresos en: Report of the International Law Commission, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement núm. 10, pp. 43, seguidos por: ILC-proyecto). El proyecto de la ILC abarca cuatro partes: (1) concepto y presupuestos de las infracciones de derecho internacional (internationally wrongful act of a State), (2) contenido de la responsabilidad del Estado, (3) la declaratoria de la responsabilidad y (4) disposiciones generales.

El proyecto de la ILC vincula la responsabilidad del Estado a una actuación ilegal (artículo 1):

“Todo acto ilícito de un Estado genera la responsabilidad internacional de ese Estado”.

La responsabilidad por una actuación legal, pero riesgosa se encuentra también contemplada y reservada a un régimen especial. La doctrina de derecho internacional predominante diferencia también entre la responsabilidad por una conducta ilícita y la responsabilidad por un hecho riesgoso.

De conformidad con el proyecto de la ILC, la infracción de derecho internacional comprende como objeto de la responsabilidad estatal dos elementos constitutivos: una conducta atribuible a un Estado y la violación de un deber del derecho internacional (artículo 2o.):

Existe un ilícito internacional de un Estado cuando la conducta consistente en una acción u omisión:

- a) es atribuible al Estado bajo el derecho internacional; y
- b) constituye un incumplimiento de una obligación internacional del Estado.

BIBLIOGRAFÍA: C. Annacker, “Part Two of the International Law Commission’s Draft Articles on State Responsibility”, *GYIL*, 37 (1994), pp. 206 y ss.; J. Crawford, “Revising the Draft Articles on State Responsibility”, *EJIL*, 10 (1999), pp. 435 y ss.; *id.*, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility*, 2002; R. B. Lillich (ed.), *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, 1983; M. Spinedi/B. Simma (eds.), *United Nations Codification of State Responsibility*, 1987.

B. Elementos de hecho de la infracción

a. Violación de un deber del derecho internacional

Presupuesto de la responsabilidad del Estado es en principio la violación de un deber del derecho internacional. El proyecto de la ILC trata como infracción sólo la conducta ilegal. La responsabilidad por daños en el caso de una actividad no prohibida, pero riesgosa constituye por consiguiente un complejo propio de la responsabilidad del Estado.

b. Responsabilidad

El incumplimiento del deber debe ser atribuible al Estado (véase el artículo 4o. del proyecto de la ILC). Un Estado es responsable en princi-

pio de las actuaciones de sus propios órganos (artículo 4o. del proyecto de la ILC).

Al respecto determina el artículo 4o. número 1 del proyecto de la ILC: “La conducta de todos los órganos del Estado debe considerarse como un acto de ese Estado bajo el derecho internacional, ya sea que el órgano ejerza el poder legislativo, ejecutivo, judicial o cualquiera otra función, cualquiera que sea la posición que tenga en la organización del Estado, y ya sea que su carácter sea el de un órgano del gobierno central o de una unidad territorial del Estado”.

Esto se aplica aun cuando el órgano que actúa ha actuado *ultra vires*, esto es, ha excedido sus propias competencias (véase el artículo 7o. del proyecto de la ILC). La conducta de las personas privadas, por el contrario, no es atribuible en principio al Estado. Sin embargo, cuando la actuación del privado cuenta con la aprobación de los órganos del gobierno o se desarrolla en ejercicio de una función estatal, como ocurrió en el caso de los guardias revolucionarios iraníes luego de la caída del régimen del Sha.

No se presentan problemas para establecer la responsabilidad cuando el Estado no cumple con los deberes de otorgar protección, consagrados en el derecho internacional (por ejemplo, respecto de una misión diplomática). Un ejemplo especialmente complicado lo ofrece el caso de los rehenes de Teherán. Luego de la caída del Sha y del establecimiento del régimen islámico, en noviembre de 1979 unos manifestantes atacaron la embajada de los EEUU. La embajada fue ocupada, el personal y visitantes fueron tomados como rehenes, y los archivos de la embajada fueron destruidos. La mayor parte de los rehenes duraron cerca de 14 meses retenidos. Al momento del ataque de los manifestantes a la embajada, las fuerzas de seguridad iraníes no intervinieron. En declaraciones públicas el Ayatollah Khomeini dio su aprobación al ataque en contra de la embajada y la toma de los rehenes. A pesar de que la conducta de los manifestantes no era atribuible inicialmente al Estado iraní, la negativa a dar protección a la misión diplomática configuró una violación del derecho internacional. Adicionalmente, el gobierno iraní en vista de las declaraciones del alto líder revolucionario Khomeini se atribuyó como propio el ataque a la embajada, y se hizo así responsable de los acontecimientos ocurridos. La Corte Internacional declaró con toda razón la responsabilidad del Estado y le ordenó a Irán dejar en libertad a los rehenes, a devol-

ver la embajada y a pagarle a los EEUU una compensación (U. S. Diplomatic and Consular Staff in Teherán Case, *ICJ Reports*, 1980, p. 3).

En el caso de la conducta de los privados, que debido a su peligrosidad genera riesgos especiales a un Estado vecino (por ejemplo en el caso de centrales nucleares), se le exige al respectivo Estado un deber de supervisión. El control insuficiente fundamenta por consiguiente una responsabilidad directa (por la omisión de los órganos estatales). Respecto de los extranjeros un Estado tiene que proveer, en la medida de que disponga de las fuerzas del orden, un estándar mínimo de protección (a través de los órganos de policía y de la jurisdicción penal) frente a los ataques que se dirijan en su contra.

c. Estándar de conducta

En la doctrina del derecho internacional se ha discutido hasta qué punto una infracción de derecho internacional presupone una culpabilidad especial (culpa). Cuando al Estado se le encarga de garantizar un éxito determinado se le atribuye la responsabilidad de una garantía, sin la cual se configuraría una violación al deber de diligencia. Además, se podría alegar la violación del criterio objetivo de debida diligencia (*due diligence*). En esto se acude en todo caso a la extensión del deber de diligencia que ofrecen los criterios reconocidos por la comunidad de Estados. De conformidad con una opinión más progresista ya no se requiere el reconocimiento propio de la culpabilidad de acuerdo con las circunstancias especiales del Estado responsable. Para el empleo de altas tecnologías peligrosas como para el funcionamiento de las centrales nucleares, el deber de diligencia se orienta en el desarrollo actual de la ciencia y la técnica, incluso respecto de la previsión del riesgo. Si esos estándares no se tienen en cuenta y debido a esto se ocasionan daños en los Estados vecinos, se dará lugar a una responsabilidad por un comportamiento ilícito (y no se tratará, por ejemplo, de una responsabilidad por el desarrollo de una actividad legal).

BIBLIOGRAFÍA: A. Gattini, "Smoking/No Smoking: Some Remarks on the Current Place of Fault in the ILC Draft Articles on State Responsibility", *EJIL*, 10 (1999), pp. 397 y ss.; R. Pisillo-Mazzeschi, "The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States", *GYIL*, 35 (1992), pp. 9 y ss.; J. Wolf, *Die Haftung der Staaten für Privatpersonen nach Völkerrecht*, 1997.

C. *Grave violación de una norma coercitiva*

Los anteriores proyectos de la International Law Commission contemplaban graves violaciones al derecho internacional de carácter especial dentro de los elementos de hecho de los crímenes de derecho internacional (*international crime*, artículo 19 del proyecto de la ILC en la versión de 1980).

Se trataba de violaciones al derecho internacional, que tocaban intereses fundamentales de la comunidad internacional como un todo. Dentro de éstos se encuentran, por ejemplo, las violaciones a la prohibición de agresión o la esclavitud, el genocidio y el apartheid.

El proyecto de la International Law Commission, expedido en su segunda lectura, se apartó del concepto del crimen de derecho internacional en el contexto de la responsabilidad del Estado, para evitar la asociación con las sanciones penales por graves infracciones individuales. En su lugar, la International Law Commission en la actualidad le atribuye especiales consecuencias jurídicas a la violación grave de una norma coercitiva del derecho internacional general (artículo 40 del proyecto de la ILC).

BIBLIOGRAFÍA: G. Gaja, "Should All References to International Crimes Disappear from the ILC Draft Articles on State Responsibility?", *EJIL* 10 (1999), pp. 365 y ss.; R. Hofmann, "Zur Unterscheidung Verbrechen und Delikt im Bereich der Staatenverantwortlichkeit", *ZaöRV*, 45 (1985), pp. 195 y ss.; J. H. H. Weiler, A. Cassese y M. Spinedi (eds.), *International Crimes of States*, 1989.

D. *Responsabilidad por daños*

En el derecho consuetudinario internacional no se han desarrollado aún principios satisfactorios de la responsabilidad por actividades riesgosas (responsabilidad por daños). La responsabilidad por daño se encuentra prevista en la Convención sobre la Responsabilidad Internacional. Por Daños Causados por Objetos Espaciales de 1972, (*BGBI.*, 1975, II p. 1210). Es así como el artículo II de ese acuerdo establece:

"El Estado de lanzamiento tendrá responsabilidad absoluta y responderá de los daños causados por un objeto espacial suyo en la superficie de la Tierra o a las aeronaves en vuelo". Sin embargo, la responsabilidad

por actividades especialmente peligrosas (*ultra-hazardous activities*) ha sido objeto de valoraciones controvertidas. No obstante, esa inseguridad jurídica se disminuye debido a que en el caso de la utilización de altas tecnologías peligrosas, el no tener en cuenta el estado actual de la ciencia y la técnica para el desarrollo de las actividades estatales o de las actividades peligrosas que se encuentran bajo la supervisión del Estado lleva a que los daños que se causen fundamentan una responsabilidad por conducta violatoria de un deber legal (y no sólo una responsabilidad por el desarrollo de una actividad peligrosa).

La ILC expidió un proyecto sobre la responsabilidad por actividades peligrosas (International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts Not Prohibited by International Law; Prevention of Transboundary Damage from Hazardous Activities – Prevención del Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas). Ese proyecto se ocupa de la prevención de riesgos en los casos en los que exista una alta posibilidad de que se causen devastadores daños transfronterizos (aun cuando esta probabilidad sea pequeña) así como algunos daños considerables.

Este proyecto prevé una obligación del Estado de adoptar todas las medidas adecuadas para evitar o reducir los riesgos de daños transfronterizos (artículo 3o.).¹⁸⁶ Adicionalmente, el proyecto contempla deberes procedimentales para prevenir los posibles daños transfronterizos. El problema de ese proyecto consiste en que en lo que respecta a las consecuencias, borra los límites entre la responsabilidad por una conducta ilícita (por no tener en cuenta los estándares de debida diligencias vigentes internacionalmente) y la simple responsabilidad por actividad peligrosa. Al respecto se requiere de una considerable claridad.

BIBLIOGRAFÍA: A. Boyle, “State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts Not Prohibited by International Law. A Necessary Distinction?”, *ICLQ*, 39 (1990), pp. 1 y ss.; R. Harndt, *Völkerrechtliche Haftung für die schädlichen Folgen nicht verbotenen Verhaltens*, 1993; P. Kunig, “Völkerrecht und Risiko”, *Jura*, 1996, pp. 593 y ss.

¹⁸⁶ Artículo 3o. Prevención. El Estado de origen adoptará todas las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo.

59. CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN

A. Aspectos generales

Las causales de justificación excluyen la responsabilidad del Estado por la realización de un hecho ilegal. La ILC habla de *circumstances precluding wrongfulness* (Parte 1, Capítulo V). El consentimiento (*consent*), que se cuenta generalmente dentro de las causales de justificación, muchas veces elimina el carácter delictivo de la actividad consentida (por ejemplo la autorización del estacionamiento de tropas extranjeras en el territorio estatal). Al respecto se debe pensar que un Estado en definitiva, aprueba una conducta ilícita de otro Estado o en todo caso, renuncia a toda pretensión frente a un delito del derecho internacional.

B. Defensa propia

La autodefensa en concordancia con la Carta de las Naciones Unidas, justifica el empleo de medidas prohibidas (artículo 21 del proyecto de la ILC).¹⁸⁷ Sin embargo, un Estado no puede invocar con base en la defensa propia la suspensión de normas del derecho internacional humanitario y de otras obligaciones cuya aplicación tampoco se puede suspender en defensa propia en el caso de conflictos armados (véase también artículo 60 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).¹⁸⁸

C. Fuerza mayor y estado de necesidad

La fuerza mayor (*force majeure*) constituye una causal de justificación en caso de acontecimientos externos imprevisibles e irresistibles,

¹⁸⁷ Artículo 21. Defensa propia. La ilicitud de un acto de un Estado precluye si el acto constituye una medida legal de autodefensa adoptada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

¹⁸⁸ Artículo 60. Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación. 1. Una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra para alegar la violación como causa para dar por terminado el Tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente.

5. Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados.

que impiden el cumplimiento de las obligaciones (artículo 23 del proyecto de la ILC).¹⁸⁹ Esto, sin embargo, no se aplica cuando un Estado asume el riesgo de la ocurrencia de tal situación. Dentro de los casos de fuerza mayor se encuentran las graves catástrofes naturales.

La existencia de un estado de necesidad (*state of necessity*) puede justificar el no cumplimiento de una obligación de derecho internacional, cuando se requiere para garantizar intereses esenciales del Estado, y esos intereses tienen un mayor peso que los intereses del Estado afectado. El proyecto de la ILC determina al respecto en el artículo 25:

1. La necesidad no podrá ser invocada por un Estado como causal para precluir la ilicitud de un acto disconforme con una obligación del derecho internacional a menos que el acto:

a) sea la única vía para el Estado de salvaguardar un interés esencial frente a un peligro grave e inminente;

b) no deteriore seriamente un interés esencial del Estado o de los Estados respecto de los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su totalidad.

2. En todo caso, no se podrá invocar la necesidad por parte de un Estado como causal para precluir la ilicitud de un acto sí:

a) la obligación internacional en cuestión excluye la posibilidad de invocar la necesidad o

b) el Estado ha contribuido a la situación de necesidad.

Especiales problemas se plantean en los casos en que existen obstáculos para el cumplimiento que se originan en la esfera de riesgo del Estado que invoca la necesidad. En estos casos, el Estado no podrá invocar la necesidad cuando ha contribuido en esencia a provocarla (ejemplo: la incapacidad de pago ocasionada por culpa propia). Sin embargo, en tales casos se deberá aceptar el acudir a la necesidad cuando el cumplimiento

¹⁸⁹ Fuerza mayor. 1. La ilicitud de un acto de un Estado disconforme con una obligación internacional del Estado precluye si el acto se debe a fuerza mayor, que consiste en la ocurrencia de una fuerza irresistible o de un evento imprevisible, mas allá del control del Estado, haciendo materialmente imposible el cumplimiento de la obligación en esas circunstancias.

2. El Parágrafo 1 no se aplicará si:

a) la situación de fuerza mayor se debe, solo o en combinación con otros factores, a la conducta del Estado que la provocó; o

b) el Estado ha asumido el riesgo de la ocurrencia de esta situación.

de un deber del derecho internacional como el pago de un crédito implica la suspensión de funciones elementales del Estado, lo que podría causar considerables daños a la población.

D. *Represalias*

Las represalias constituyen por sí mismas actuaciones contrarias al derecho internacional, con las que un Estado reacciona a las violaciones del derecho internacional de otro Estado, y que tienen por objeto obligarlo a adoptar nuevamente una conducta de conformidad con el derecho internacional y a cumplir con la compensación causada (véase el artículo 49 del proyecto de la ILC).¹⁹⁰

La violación previa del derecho internacional que hubiere cometido el otro Estado justifica también las represalias como salvaguardas. Un ejemplo lo constituye la confiscación de valores patrimoniales de otro Estado como reacción a la expropiación ilegal a sus nacionales por parte del otro Estado. Las represalias legales no pueden hacer uso de la fuerza ni estar por fuera de toda relación con una violación previas del derecho internacional por parte del otro Estado.

La represalia se debe diferenciar de la retorsión, que tiene el carácter de una salvaguarda “no amistosa”, pero de conformidad con el derecho internacional (por ejemplo la suspensión de la ayuda para el desarrollo o la imposición de un embargo comercial, cuando no se afecta una obligación especial contemplada en un tratado).

Extraordinariamente discutible es si la violación de las obligaciones *erga omnes* (por ejemplo, las graves violaciones a los derechos humanos o las graves violaciones de las normas sobre las relaciones diplomáticas por parte del Estado anfitrión) la puede atacar con represalias únicamente el Estado afectado directamente. La protección de los intereses fundamentales de toda la comunidad de Estados, que se encuentra detrás del concepto de la obligación *erga omnes* (véase al respecto nuestro apartado 39) conduce a que cualquier Estado puede reaccionar con represalias por la violación de esos intereses. De acuerdo con esto, todo miembro de la comunidad de Estados, puede reaccionar con represalias como la confiscación de valores patrimoniales del Estado responsable, en el caso por ejemplo, de “limpiezas étnicas” o de violaciones a los derechos humanos

¹⁹⁰ Artículo 49. Objeto y límite de las contramedidas.

igualmente graves. El artículo 54 del proyecto de la ILC deja abierto ese cuestionamiento en forma expresa.¹⁹¹

BIBLIOGRAFÍA: J. A. Frowein, “Die Verpflichtungen erga omnes im Völkerrecht und ihre Durchsetzung”, en: *Festschrift für H. Mosler*, 1993, pp. 241 y ss.; *id.*, “Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law”, *RdC*, 248 (1994), pp. 353 y ss.; P. Malanczuk, “Zur Repressalie im Entwurf der International Law Commission zur Staatenverantwortlichkeit”, *ZaöRV*, 45 (1985), pp. 293 y ss.

E. Regímenes autocontenidos

En el caso de los rehenes de Teherán la Corte Internacional desarrolló el concepto de los reglamentos cerrados (*self-contained regimes*) en los cuales las medidas de salvaguardia por violaciones previas del derecho internacional se encuentran reglamentadas en forma concluyente. Dentro de éstas se encuentran, de acuerdo con la Corte Internacional, de manera especial, las reglas contempladas en tratados sobre las relaciones diplomáticas (U. S. Diplomatic and Consular Staff in Teherán Case, *ICJ Reports*, 1980, p. 3 [38 y ss., núm. 83 y ss.]) La existencia de un régimen cerrado de este tipo impide el acudir a la aplicación de las medidas generales sobre represalias.

BIBLIOGRAFÍA: B. Simma, “Self-Contained Regimes”, *NYIL*, 16 (1985), pp. 111 y ss.

60. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LOS ILÍCITOS DE DERECHO INTERNACIONAL

La comisión de un ilícito de derecho internacional obliga, en principio, a la eliminación de la situación que surgió por la violación del derecho internacional, y al restablecimiento de la situación anterior. Al respecto expresó la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Chorzów* (*PCIJ Reports*, Ser. A, núm. 17, 1928, p. 4):

“Es un principio del derecho internacional... que toda violación de un compromiso envuelve una obligación de reparación” (p. 29);

¹⁹¹ Artículo 54. Medidas adoptadas por otro Estado que no fueron objeto de la violación.

“...la reparación debe, en la medida de lo posible, anular todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que debió haber existido con toda probabilidad, si el acto no se hubiera cometido” (p. 47).

Como reparación se consideran la restitución natural (por ejemplo en el caso del secuestro violatorio del derecho internacional o la confiscación ilegal de los valores patrimoniales) y el pago de compensaciones, incluyendo el lucro cesante (artículo 35 del proyecto de la ILC).¹⁹²

BIBLIOGRAFÍA: Ch. Gray, “The Choice between Restitution and Compensation”, *EJIL*, 10 (1999), pp. 413 y ss.; A. Randelzhofer/C. Tomuschat (eds.), *State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, 1999.

61. DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y SU APLICACIÓN

La sanción penal de las graves violaciones al derecho internacional de conformidad con los principios del derecho internacional se abrió curso luego de la Segunda Guerra Mundial con los procesos de Nuremberg y Tokio.

El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg se basó en el Tratado de Londres de 1945 suscrito por las potencias aliadas (EEUU, la Unión Soviética, la Gran Bretaña y Francia) sobre la persecución y sanción de los criminales de guerra de los poderes del eje (publicado en: *AJIL*, 39 1945, Supplement, p. 257).

El estatuto del Tribunal Militar Internacional (Charter of the International Military Tribunal) se incluyó en el Tratado de Londres como un anexo. De conformidad con el artículo 6o. del Estatuto la competencia penal del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg se extiende a los crímenes contra de la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Las expectativas, vinculadas a los procesos de Nuremberg y Tokio, del desarrollo de un derecho penal internacional de carácter gene-

¹⁹² Artículo 35. Restitución. Un Estado responsable de un acto ilícito internacional se encuentra obligado a una restitución, esto es, a re-establecer la situación que existía antes que el acto ilegal se hubiere cometido, siempre y cuando y en la medida en que esa restitución:

- (a) no sea materialmente imposible;
- (b) no se convierta en una carga desproporcionada de beneficios derivados de la restitución en lugar de una compensación.

ral, con el objeto de asegurar penalmente un conjunto de deberes fundamentales de derecho internacional, quedaron sin llenarse por largo tiempo. No obstante cada vez más una serie de tratados multilaterales prevén la penalización de las graves violaciones de los derechos humanos del derecho internacional humanitario. Estos tipos penales de derecho internacional se encuentran contemplados principalmente en la Convención sobre Genocidio de 1949 (*BGBI.*, 1954, II, p. 730) así como en los Convenios de Ginebra de 1949 (por ejemplo, los artículos 129 y ss. del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los Prisioneros de Guerra, Convenio III, y el artículo 146 del Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, Convenio IV).

El trabajo iniciado por la International Law Commission en los años cincuenta bajo la influencia de los principios de Nuremberg, con el objeto de desarrollar unas directrices de derecho penal internacional material, fue adoptado una década más tarde. En el entretanto la International Law Commission ha concluido sus labores en la preparación de un código penal de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (*Draft Code of Crimes Against the Peace and the Security of Mankind*, publicado en: *HRLJ* 1997, pp. 96 y ss.). Ese Código Penal contempla una primera parte con principios generales sobre la sanción penal y reglas procesales, y en su segunda parte se ocupa de los tipos penales en concreto.

La aplicación de las sanciones penales de derecho internacional por parte de un órgano internacional recibió un impulso considerable con la creación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en 1993 y del Tribunal Penal Internacional para Rwanda con base en las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. El Tribunal Penal especial para Sierra Leona se instauró con fundamento en un Tratado entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona del 2002 por recomendación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Los fundamentos para la creación de una jurisdicción penal internacional de carácter general se encuentran en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (*International Criminal Court*, *ILM*, 37, 1998, p. 999; *BGBI.*, 2000, II, p. 1393). Luego de la ratificación por parte de 60 Estados el Estatuto entró en vigencia en el año 2002.

El Estatuto, sin embargo, fue rechazado por los Estados Unidos (en vista del posible sometimiento de miembros de las fuerzas armadas ame-

ricanas al recién creado tribunal y a que EEUU consideró que el Consejo de Seguridad carecía de la suficiente competencia para actuar).

Los EEUU habían suscrito el Estatuto, pero luego procedieron a aclarar que se abstendían de ratificarlo definitivamente. Los Estados miembros de la Unión Europea, que tenían tropas en la International Security and Assistance Force (ISAF) en Afganistán, se aseguraron en un acuerdo con el gobierno interino en Afganistán que sus soldados no fueran enviados a un Tribunal Internacional. Por tal razón la crítica europea a la rechazo americano de la Corte Penal Internacional perdió fuerza en forma considerable.

La competencia de la Corte Penal Internacional comprende el delito de genocidio, los delitos con la humanidad, los crímenes de guerra y el delito de agresión (artículo 5o. del Estatuto). Dentro de los crímenes contra la humanidad se encuentran por ejemplo, el homicidio, la deportación, la tortura y otros crímenes, que se cometan como parte de la persecución sistemática en contra de miembros de la población civil (artículo 7o. del Estatuto).¹⁹³ Los crímenes de guerra que se someten a la competencia de la Corte Penal Internacional incluyen las violaciones del derecho internacional humanitario en los conflictos armados no internacionales (artículo 8o. del Estatuto).¹⁹⁴

¹⁹³ Artículo 7o. Crímenes de lesa humanidad. 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación o traslado forzoso de población; e) encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) tortura; g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) desaparición forzada de personas; j) el crimen de apartheid; k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

¹⁹⁴ Artículo 8o. Crímenes de guerra. 1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”: a) Infracciones graves de los Convenios

El proceso penal ante la Corte puede ser iniciado por llamamiento del fiscal por parte de un Estado parte, por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, así como por el acusado mismo (artículo 13 del Estatuto).¹⁹⁵ En determinados casos el ejercicio de la jurisdicción presupone que ésta ha sido reconocida por el Estado donde se cometieron los hechos o por el Estado del acusado (artículo 12, número 2 del Estatuto).¹⁹⁶ La competencia de la Corte Penal Internacional es subsidiaria respecto de los procesos penales nacionales y debe retroceder en caso que

de Ginebra de 12 de agosto de 1949; b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional; c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949; d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos; e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional; f) El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.

¹⁹⁵ Artículo 13. Ejercicio de la competencia. La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si: a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.

¹⁹⁶ Artículo 12. Condiciones previas para el ejercicio de la competencia. 2. En el caso de los apartados a) o c) del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3: a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave; b) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen.

exista un enjuiciamiento efectivo por parte de un Estado competente para tal efecto (artículo 17 del Estatuto).¹⁹⁷

El Estatuto reglamenta en su tercera parte los principios generales del proceso penal (artículos 22 y ss. del Estatuto). Dentro de estos se encuentran, por ejemplo, la prohibición de la irretroactividad (artículo 24 del Estatuto), los elementos de hecho subjetivos (artículo 30 del Estatuto) así como determinadas causales excluyentes de la responsabilidad penal (artículo 31 del Estatuto).

Si el Consejo de Seguridad mediante una resolución con base en el Capítulo VII de la Carta de la ONU le solicita a la Corte en un determinado proceso penal la suspensión de las investigaciones y procedimientos, la Corte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto de Roma deberá proceder a suspender todas las medidas. Partiendo de esto, el Consejo de Seguridad de la ONU a solicitud de los EEUU, expidió una exención general de la jurisdicción, por un periodo limitado, respecto de las unidades militares de los Estados que no son parte del Estatuto, que participen en las operaciones actividades de la ONU (S/Res. 1422 [2002]). Aquí se observa una intervención bastante complicada del Consejo de Seguridad de la ONU en los tratados multilaterales.

En el contexto de la creación de la Corte Penal Internacional el legislador alemán expidió un Código Penal Internacional (V-StGB). El Código Penal Internacional tiene por objeto establecer la responsabilidad penal para genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra en el derecho alemán. Para graves contravenciones (crímenes) se aplica el Código Alemán de conformidad con el principio de la universalidad aun cuando el hecho se hubiere cometido en el extranjero y no exista ninguna relación con Alemania (véase al respecto TCF, NJW, 2001, p. 1848).

¹⁹⁷ Artículo 17. Cuestiones de admisibilidad 1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no iniciar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20; d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

BIBLIOGRAFÍA: H. Albrecht, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert*, 1999; M. H. Arsanjani, "The Rome Statute of the International Criminal Court", *AJIL*, 92 (1999), pp. 22 ss.; M. C. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 1992; *id.* (ed.), *The International Criminal Court*, 1997; *idem* (ed.), *International Criminal Law*, tres tomos, 2a. ed., 1999; *id.* y B. Manikas, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, 1996; Y. Dinstein (ed.), *War Crimes in International Law*, 1996; C. Kreß, "Strafrecht und Angriffskrieg im Licht des Falles Irak", *ZStW*, 115 (2003), p. 294; T. Meron, "Is International Law Moving Towards Criminalization?", *EJIL*, 9, (1998), pp. 18 y ss.; D. Oehler, *Internationales Strafrecht*, 2a. ed., 1983; K. Oellers-Frahm, "Die Einsetzung des "Internationalen Tribunals über Kriegsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien" durch den Sicherheitsrat, en: *Festschrift für R. Bernhardt*, 1995, pp. 733 y ss.; W. A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 2001; C. Tomuschat, "Das Strafgesetzbuch der Verbrechen gegen den Frieden und die Sicherheit der Menschheit", *EuGRZ*, 1998, pp. 1 y ss.; *id.*, "Das Statut von Rom für den Internationalen Strafgerichtshof", *Friedens-Warte* 73 (1998), pp. 335 y ss.; G. Werle, *Völkerstrafrecht*, 2003; A. Zimmermann, "Die Schaffung eines ständigen Internationalen Strafgerichtshofes", *ZaöRV*, 1998, pp. 47 y ss., *id.*, "Auf dem Weg zu einem deutschen Völkerstrafgesetzbuch – Entstehung, völkerrechtlicher Rahmen und wesentliche Inhalte", *ZRP*, 2002, p. 97; *id.*, "Role and Function of International Criminal Law in the International System After the Entry into Force of the Rome Statute of the International Criminal Court", *GYIL*, 45 (2002), pp. 35 y ss.